



HAL
open science

Les ambivalences du copyright européen dans la construction du marché unique numérique

Stéphanie Carre, Franck Macrez

► **To cite this version:**

Stéphanie Carre, Franck Macrez. Les ambivalences du copyright européen dans la construction du marché unique numérique. Europe, 2020, 7, pp.5-12. hal-04107086

HAL Id: hal-04107086

<https://hal.science/hal-04107086>

Submitted on 28 Jul 2023

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les ambivalences du *copyright* européen dans la construction du marché unique numérique

Stéphanie Carre et Franck Macrez

Maîtres de Conférences-HDR au Centre d'Études Internationales de la Propriété Intellectuelle

UR-4375

I.- L'expansion relative de l'exclusivité ou le partage de la valeur

A.- La défense des éditeurs de presse : un droit voisin confiné

B.- La responsabilité des plateformes : une reconfiguration ineffective

II.- Le déclin certain de l'exclusivité ou le développement du « marché des contenus »

A.- Les exceptions : nouveautés et extensions

B.- L'introduction de la licence collective à effet étendu comme outil de flexibilité

III.- La construction du droit des contrats d'auteur ou l'amélioration de la rémunération des créateurs

A.- Les garanties relatives à une rémunération appropriée et juste

B.- Les obligations relatives à la rémunération appropriée et juste

1.- Le contexte. La directive sur le droit d’auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique¹, adoptée le même jour que la directive « CabSat 2 »², est le fruit d’un processus long et laborieux, fait de débats polémiques, de rebondissements et de compromis. Sans remonter au livre vert annonçant, en 2008, la croisade de la construction de « l’économie de la connaissance »³, en écho à la rhétorique de la « société de l’information » développée dix ans plus tôt⁴, soulignons que la procédure législative initiée avec la proposition de la Commission du 14 septembre 2016⁵ fut marquée par un « lobbying virtuose érigé au rang des beaux-arts »⁶ qui conduit le Parlement le 5 juil. 2018 à son rejet et la Commission à reformuler une proposition en septembre 2018, la procédure de trilogue ayant par la suite duré jusqu’en février 2019.

Deux sujets de polémique ont stigmatisé les oppositions : la création d’un droit voisin des éditeurs de presse (art. 15, anc. art. 11) et le régime juridique concernant les fournisseurs de partage de contenus (art. 17, anc. art. 13). Ces deux volets du texte ont malheureusement masqué d’autres sujets fondamentaux pour la construction du droit d’auteur en Europe et notamment, l’harmonisation en matière contractuelle et l’amélioration de la rémunération des auteurs, ou encore la consécration de la licence collective à effet étendu comme nouvel outil, qui, ne figurant pas dans la proposition initiale⁷, est passé quasi-inaperçue.

Le texte était particulièrement attendu, car, au-delà de la durée de la procédure, le droit d’auteur européen souffrait du caractère fragmenté de l’harmonisation législative, qui a

¹ Dir. (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 sur le droit d’auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les dir. 96/9/CE et 2001/29/CE (ci-après DAMUN), *JOUE* n° L130 du 17 mai 2019 p. 92 : *Lexbase hebdo éd. Affaires*, numéro spécial, 11 juil. 2019 ; *Prop. Int.*, juill. 2019, n°72, pp. 33 et s., chron. par A. Lucas, J.-M. Bruguière et C. Bernault ; *JCP G* 26, 693, p.1236, obs. V.-L. Benabou ; *JCP E* 2019, 27, Étude, p.1343, par É. Treppoz ; *RTD Com* 2019, p. 648, note F. Pollaud-Dulian ; *CCE* oct. 2019, 10, Dossier spécial.

² Directive (UE) 2019/789 du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 établissant des règles sur l’exercice du droit d’auteur et des droits voisins applicables à certaines transmissions en ligne d’organismes de radiodiffusion et retransmissions de programmes de télévision et de radio, et modifiant la directive 93/83/CEE du Conseil. Sur celle-ci : G. Vercken et V. Tabary, « L’“autre” directive : la nouvelle directive dite “CabSat 2” du 17 avril 2019 », *Légipresse*, 2019, n° 372.

³ Commission européenne, *Le droit d’auteur dans l’économie de la connaissance*, 16 juil. 2008, COM(2008) 466 final ; v. aussi la communication du 24 mai 2011 « Vers un marché unique des droits de propriété intellectuelle » (COM (2011) 287 final) et le livre vert sur la distribution en ligne d’œuvres audiovisuelles adopté le 13 juil. 2011 (COM (2011) 427 final).

⁴ Qui aboutira à l’adoption de la directive du 22 mai 2001 (PE et Cons. CE, dir. 2001/29/CE, 22 mai 2001, sur l’harmonisation de certains aspects du droit d’auteur et des droits voisins dans la société de l’information : *JOCE* n° L167 du 22 juin 2001, p. 10).

⁵ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d’auteur dans le marché unique numérique : COM(2016) 593 final.

⁶ C. Caron, « La miraculée du droit d’auteur », *CCE*, n°5, mai 2019, Repère 5.

⁷ C’est un mandat de négociation du Conseil donné à la Commission, dans le cadre du trilogue, en nov. 2018 qui a introduit un article 9a, créant l’actuel article 12.

notamment conduit la Cour de justice à combler les lacunes juridiques. Le législateur a fait des choix politiques, surtout celui de réaliser les compromis nécessaires, selon lui, au développement du marché unique numérique. Certains s'interrogeront, à juste titre, sur la réalité de la vision politique du législateur de l'Union, contraint à une série de conciliation confinant à l'expédient.

2.- Le texte. Le résultat produit est un texte long, volubile, souvent inutilement⁸, dans lequel les compromis sont en réalité constitués d'antilogies formulées en contrariété avec l'objectif de « sécurité juridique » affiché. De la lecture des intitulés des trois titres structurant ce texte, la logique transparaît clairement : la directive s'inscrit dans une stratégie relative au marché unique numérique, et le droit d'auteur (et les droits voisins) est conçu et utilisé comme un outil essentiel, un levier pour le développement et le bon fonctionnement de ce marché. Bien entendu, l'exclusivité issue du droit de propriété intellectuelle est, sommairement⁹, perçue comme un obstacle à ce marché unique : il faut avant tout, pour harmoniser et développer le marché « des contenus », multiplier et fluidifier les mécanismes d'autorisation. Dès l'art. 1^{er}, le ton est donné puisqu'il s'agit de poursuivre l'harmonisation et de « fixer des règles relatives aux exceptions et limitations, à la facilitation des licences ainsi que des règles destinées à assurer le bon fonctionnement du marché pour l'exploitation des œuvres ». Le droit d'auteur est avant tout conçu comme un mécanisme d'octroi de licence¹⁰ lorsque ce n'est pas pour le geler par la création d'exceptions obligatoires. Et lorsqu'il s'agit de créer une nouvelle exclusivité, ou de renforcer la responsabilité de certains intermédiaires, l'analyse conduit à sérieusement douter de l'effectivité des dispositifs¹¹.

3.- Les ambivalences du texte. La directive présente plusieurs ambivalences. La première est structurelle : le « droit d'auteur » est, dans la langue de travail européenne, un « *copyright* ». Or les signifiants rejoignent les signifiés : la directive concerne essentiellement les droits patrimoniaux. La directive ne traite du droit moral que pour l'exclure, à l'exception de l'article 5.1, b) qui exige que soit mentionné le nom du créateur lors de l'application de l'exception d'enseignement numérique, ce qui paraît bien élémentaire, mais néanmoins optionnel¹². On le retrouve explicitement au considérant 37 qui réserve les règles nationales

⁸⁸ É. Treppoz, « Premiers regards sur la directive droit d'auteur dans le marché numérique », *JCP E* 2019, 27, Étude, p. 1343, n°3.

⁹ Car la mise en œuvre du concept d'épuisement des droits ne saurait être ignorée.

¹⁰ Le terme « octroi » (ou « octroyer ») présente 103 occurrences. Celui de « licence », 190.

¹¹ *Infra*, I.

¹² Cons. 23 : « les États membres devraient rester libres d'exiger que » l'exploitation de l'œuvre respecte ce droit moral.

sur les droits moraux pour les œuvres qui n'ont jamais été disponibles dans le commerce, ce qui laisse à penser que, en France, le droit de divulgation devrait pouvoir jouer. Au-delà, l'attention du législateur est focalisée sur les droits patrimoniaux : la logique utilitariste d'un *copyright* des autorités européennes est, sans surprise, confirmée. En réalité, le glissement sémantique est peut-être encore plus profond. Car l'ambivalence structurelle se manifeste ici par une incurie de langage. Sous couvert d'harmonisation du « droit d'auteur » et des droits voisins dans un univers numérique¹³, la Commission entend réguler l'« utilisation des contenus »¹⁴, termes qui, sans être définis¹⁵, occupent une place centrale. L'adoption du lexème « contenu » est symptomatique d'un dédain certain pour la création artistique et d'une relégation au second plan des créateurs. Mise à part la formule obligée mentionnant l'article 167.4 TFUE¹⁶, le terme de « culture » n'est utilisé que pour désigner des institutions de patrimoine culturel chargé de sa conservation ou, à deux reprises, pour promouvoir l'accès à la culture¹⁷.

Une deuxième ambivalence est d'ordre institutionnel. Sur de nombreux points, le législateur intervient pour contrer des mouvements jurisprudentiels de la Cour de justice. Que l'on juge cela, au cas par cas, favorablement ou non, le constat que les incohérences et les approximations du texte laissent la porte grande ouverte aux interprétations futures de la Cour de justice, laisse sceptique quant au rôle proprement politique que le législateur européen est en mesure de jouer.

Une troisième source de l'ambivalence législative est conjoncturelle, et tient au jeu des *lobbys*. La volonté de ménager le titulaire de droit d'un côté, le public, les GAFA et les défenseurs des libertés sur Internet de l'autre a pour résultat d'avancer la création d'un droit exclusif pour immédiatement en atténuer les effets, de rendre responsables les irresponsables tout en leur laissant la possibilité pratique de s'exonérer, de créer des exceptions plus ou moins obligatoires et dont la mise en œuvre est souvent laissée à la volonté des États membres et qui pourront être supplétives de volonté, ou encore d'introduire la possibilité de licences collectives à effet étendu, sans que ce choix soit, en amont, soumis au débat public.

¹³ Une « couverture » qui n'est aujourd'hui pas neuve : P. Gaudrat, « Réflexions dispersées sur l'éradication méthodique du droit d'auteur dans la "société de l'information" », *RTD Com.* 2003, chron., p. 87 et 503.

¹⁴ Cons. 3, cons. 65, intitulé de l'art. 17, art. 17.8. Au total, 118 occurrences pour le terme « contenu », 148 pour « utilisation ».

¹⁵ On comprend que l'« utilisation » soit synonyme d'« exploitation », mais on eut préféré que le terme soit défini, comme le font les Canadiens (loi sur le droit d'auteur : L.R.C. (1985), ch. C-42), art. 29.21,(2), à défaut de comprendre en quoi le terme est nécessaire ou fait sens, au-delà des créations fonctionnelles.

¹⁶ Cons. 2.

¹⁷ Cons. 53 et 61.

Il est possible, avec un regard plus optimiste, de voir dans ce texte une meilleure protection des créateurs et, dans ces mouvements, la marque de nécessaires compromis et d'une plus grande flexibilité pour les États et les acteurs concernés. Avec la directive, l'exclusivité connaît une expansion toute relative, justifiée par un partage recherché de la valeur (I), mais aussi un déclin aux fins du développement du marché des contenus (II). L'ambivalence observée trouve une salutaire limite dans l'inédite édification d'un droit des contrats de droits d'auteur et de droits voisins, tendant à garantir une fonction clairement privilégiée de ces droits : celle d'une rémunération des créateurs (III).

I.- L'expansion relative de l'exclusivité ou le partage de la valeur

4.- Une expansion faite de compromis. La création d'un nouveau droit voisin au profit des éditeurs de presse ainsi que l'affirmation claire de la réalisation d'un acte de communication par les fournisseurs de services de partage en ligne de contenus constituent, à première vue, une extension de l'exclusivité visant à un meilleur partage de la valeur. À y regarder de plus près néanmoins, il apparaît que les compromis ont abouti à un droit voisin particulièrement limité et dont la mise en œuvre apparaît déjà très délicate (A), et un régime de responsabilité des plateformes comprenant tant de chicanes que l'essentielle précision de leur acte d'exploitation, déjà relativisée par l'affirmation d'une responsabilité atténuée, nous paraît au mieux *inviter* au à une rémunération des créateurs par le recours à la gestion collective (B).

A.- La défense des éditeurs de presse : un droit voisin confiné

5.- Finalité du nouveau droit. L'article 15 de la directive crée donc un droit voisin au profit des éditeurs de publications de presse. La finalité de ce nouveau droit est double : protéger les investissements de ces éditeurs et, en les aidant par une plus juste répartition des valeurs, garantir l'existence d'une presse libre et pluraliste et donc de sa « contribution fondamentale au débat public et au bon fonctionnement d'une société démocratique » (cons. 54).

Ce droit nouveau, dont il convient de souligner la dépendance et soumission au droit d'auteur et droits voisins déjà existants, ne concerne pas seulement ces acteurs de la liberté

d'information, comme c'était prévu à l'origine¹⁸ : l'exclusivité créée bénéficie également aux auteurs puisque ceux-ci se voient garanti un droit à une part « appropriée » des sommes perçues par les éditeurs (art. 15.5)¹⁹.

Sans proposer ici une analyse approfondie du droit créé²⁰, on relèvera les spécificités de cette nouvelle exclusivité.

6.- Objet du droit voisin. La publication de presse est définie à l'art. 2.4 de la directive. Cette publication appréhendée comme une « collection » d'œuvres journalistiques est composée principalement d'œuvres littéraires, qui peut comprendre également d'autres objets protégés et des œuvres photographiques ou audiovisuelles notamment²¹. La création d'un droit voisin n'étend pas tant le champ de l'exclusivité qui pouvait déjà exister en application du droit d'auteur²², mais l'instaure à un autre titre et cette reconnaissance supposait de clairement affirmer la soumission de ce nouveau droit voisin au droit d'auteur, par l'affirmation traditionnelle de la supériorité hiérarchique de ce dernier, mais aussi, et cette fois de manière inédite, de son infériorité à l'égard des autres droits voisins²³.

7.- Titularité et opposabilité du droit voisin. Le nouveau droit voisin, dont la durée est la plus courte de tous les droits de propriété intellectuelle²⁴ est réservé aux éditeurs de publications en ligne, établis dans un État membre²⁵. Cette qualité suppose le contrôle et la responsabilité éditoriale liée à un titre : les titulaires de ce droit sont donc essentiellement les éditeurs de presse et les agences de presse comme le précise l'un des considérants et l'indique expressément la loi française²⁶.

Les droits de propriété intellectuelle sont, en principe, opposables *erga omnes*. Mais ce nouveau droit voisin n'est opposable, pour l'utilisation en ligne de leurs publications de presse, qu'aux seuls « fournisseurs de services de la société de l'information »²⁷. La

¹⁸ Proposition initiale de directive du 14 sept. 2016, COM(2016) 593 final.

¹⁹ L'art. L. 218-5, I, CPI, issu de la loi n° 2019-775 du 24 juil. 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse reconnaît ainsi aux auteurs dont les œuvres constituent ou sont présentes dans les publications de presse concernées un droit à « une part appropriée et équitable de la rémunération » due au titre de ce nouveau droit voisin.

²⁰ V. B. Ferrand, « Le droit voisin des éditeurs de presse », *Lexbase hebdo, éd. affaires*, 11 juil. 2019 ; C. Caron, « Le nouveau droit voisin des éditeurs de publications de presse », *CCE 2019*, 10, Dossier, 7.

²¹ Cons. 56 et l'art. L. 218-1 du CPI.

²² Si les éditeurs, et en particulier les éditeurs de presse, ne sont pas reconnus comme titulaires (originaires) de droits en tant que tels, ce que ne manque pas de souligner le législateur au cons. 54, ils sont le plus souvent titulaires de ces droits en tant que cessionnaires, bien qu'en France et dans d'autres pays, ils puissent bénéficier d'une titularité *ab initio* en présence d'une œuvre collective.

²³ Directive, art. 15.2 ; la loi de transposition (art. L.218-1 et s. CPI) ne paraît pas avoir apporté expressément cette précision.

²⁴ Deux ans à compter du 1^{er} janvier qui suit la date de publication (art. 15.4).

²⁵ Cette limitation unioniste est possible en l'absence de convention internationale contraire.

²⁶ Considérant 55 et art. L. 218-1 du CPI.

²⁷ Dir., art. 15.1. V. aussi art. L. 218-2 CPI.

directive renvoie pour la définition de ces derniers²⁸ à la directive 2015/1535 du 9 septembre 2015, déjà interprétée par la Cour de justice. Ainsi le droit voisin sera opposable à tout prestataire qui offre des services fournis normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services même si la prestation, réalisée à titre gratuit, est rémunérée indirectement par exemple par les revenus générés par des publicités diffusées²⁹.

8.- Teneur circonscrite du monopole. Le monopole dessiné ne concerne que les utilisations en ligne des publications de presse. Par ailleurs, comme les autres droits voisins, le nouveau droit est limité au seul le droit de mise à disposition au public. Inédite est toutefois la précision légale selon laquelle la protection ne s'applique pas aux actes d'hyperliens, sans distinction alors que la Cour de justice a certes dessiné une sorte d'épuisement du droit de communication au public des auteurs³⁰, mais en distinguant, au fur et à mesure de ses décisions, selon que les liens renvoient ou non à des œuvres précédemment mises à disposition licitement, en prenant en compte l'existence d'un but lucratif³¹. Cette forme d'épuisement est ici légalement consacrée sans distinction quant aux liens pour le nouveau droit de mise à disposition du public et consacrée par la loi de transposition française, à l'égard du droit de communication au public, qu'elle reconnaît plus largement au bénéfice des éditeurs de presse un droit exclusif³².

Le confinement du nouveau monopole se constate également s'agissant des « utilisations » par des utilisateurs individuels, à titre privé ou non commercial et de l'utilisation de mots isolés ou de très courts extraits. Si la première hypothèse recouvre une exception facultative dans la directive 2001/29, elle constitue une limite importante du droit voisin, la seconde vise essentiellement à permettre et faciliter le recours aux *hashtags* et *snippets* notamment. L'efficacité du nouveau droit ne doit toutefois pas être remise en cause³³ par une exploitation qui se substituerait à la publication ou dispenserait le lecteur de s'y référer.

9.- Exceptions et limitations. Outre la soumission du nouveau monopole aux exceptions de l'art. 5 de la directive 2001/29 et aux limitations prévues par la directive « Œuvres

²⁸ Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, *JOUE* L241 du 17 sept. 2015, p. 1 codifiant la directive 98/34/CE.

²⁹ CJUE, 15 septembre 2016, aff. C-484/14, *Tobias Mc Fadden* : *Europe*, 2016, comm. 428, obs. V. Michel ; CJUE, 11 septembre 2014, C-291/13, *Juris-Data n° 2014-024012*.

³⁰ CJUE, 13 févr. 2014, aff. C-466/12, *Svensson* : *JurisData n° 2014-003261* ; CJUE, 2e ch., 8 sept. 2016, aff. C-160/15, *GS Media* : *Juris-Data n° 2016-022801* ; CJUE, gr. ch., 19 déc. 2019, aff. C-263/18, *Tom Kabinet* : *Juris-Data n° 2019-023778*.

³¹ CJUE, *GS Media*, *préc.* point 51.

³² Art. 15.1, al. 3 de la directive et L. 211-3-1, 1° du CPI.

³³ Cons. 58.

orphelines »³⁴, le droit voisin ne pourra être invoqué, ni pour priver les auteurs et titulaires de droits voisins sur les objets protégés intégrés dans la publication de presse de leur droit de les exploiter (art. 15.2), ni, lorsque ces objets protégés ont été intégrés dans une publication de presse dans le cadre d'une licence non exclusive, pour interdire leurs utilisations par d'autres utilisateurs autorisés (art. 15.2 *in fine*). Ces hypothèses ne sont pas explicitement visées dans la loi française de transposition puisqu'une cession légale à titre exclusif des droits d'auteurs des journalistes est déjà prévue³⁵ et oblige au respect des droits des titulaires de droit d'auteur ou de droits voisins dont les œuvres ou autres objets protégés sont intégrés dans une publication de presse.

Les stigmates de ce droit nouveau conduisent à souligner l'importance de sa création, autant qu'à relativiser l'extension de l'exclusivité qu'il constituerait. À l'instar de la consécration d'un régime spécial de responsabilité des fournisseurs de services d'échange en ligne, cette extension témoigne de l'appréhension du droit d'auteur comme *outil* de partage de la valeur dans le marché unique numérique, dont le développement constitue le véritable objectif du législateur.

B.- La responsabilité des plateformes : une reconfiguration ineffective

10.- « Value gap » et filtrage *a priori*. L'article 17 (ex-art. 13) de la directive, relatif à la responsabilité des plateformes d'échanges en ligne de « contenus protégés », fut au cœur des plus vives polémiques et controverses, et bien au-delà des cercles doctrinaux, et vise également l'objectif du partage de la valeur. Pour faire contribuer les grandes plateformes qui exploitent des œuvres, il était essentiel qu'elles ne puissent profiter du statut d'hébergeur et des choix politiques réalisés par le passé et justifiés par la volonté d'encourager le développement du réseau internet.

Si la directive précise expressément que l'application du nouveau dispositif « ne donne lieu à aucune obligation générale de surveillance » (art. 17.8), le risque d'un filtrage *a priori* des « contenus » postés par les utilisateurs des plateformes a cristallisé les contestations et a notamment été dénoncé par le recours polonais en annulation, fondé sur une violation du droit à la liberté d'expression et d'information garanti par l'article 11 de la charte des droits

³⁴ Art. 15.3.

³⁵ Art. L.132-36 et s. du CPI.

fondamentaux de l'Union européenne³⁶. Or pour préserver cette liberté d'expression, le législateur a néanmoins ajouté au dispositif déjà complexe des obligations pour garantir certaines exceptions ou limitations (citation, critique, parodie) (art. 17.7).

11.- Existence d'un acte de communication au public. La directive affirme ainsi, et c'est essentiel, que le fournisseur de service de partage de contenus en ligne *lorsqu'il donne accès au public* à des œuvres ou autres objets protégés « téléversés » par les utilisateurs de leurs services *effectue* un acte de communication au public (art. 17.1). Il doit dès lors obtenir une autorisation des titulaires de droits sans que la limitation de responsabilité établie à l'article 14.1 de la directive 2000/31 ne puisse s'appliquer (art. 17.3).

L'importance d'une telle qualification et de l'exclusion du bénéfice de la responsabilité limitée de l'hébergeur pourrait être perçue comme la manifestation d'une expansion de l'exclusivité ou à tout le moins comme un renforcement de la protection des créateurs. Il s'agit surtout de « clarifier »³⁷ : il est important que ce terme ait été choisi, mais l'innovation législative est mesurée et contrebalancée par des compromis. En témoignent la définition des fournisseurs concernés³⁸ et le choix d'un régime de responsabilité atténuée, certes moins limitée que celle des hébergeurs, mais dont elle reste néanmoins très proche. Il est à espérer que ce régime de responsabilité *ad hoc* dessiné par la directive conduira à la gestion collective des droits et donc à une rémunération des créateurs. En effet, il n'a vocation à s'appliquer que si les plateformes ne peuvent se prévaloir de l'autorisation requise ou d'une autorisation donnée aux utilisateurs de leurs services³⁹.

12.- Conditions d'exonération de responsabilité. La réunion de trois conditions cumulatives caractérise le régime spécial permettant aux opérateurs visés de s'exonérer de leur responsabilité pour contrefaçon lorsqu'ils n'ont pas obtenu les autorisations requises pour les actes de communication au public qu'ils effectuent (art. 17.4). Ils ne seront en effet pas responsables des actes non autorisés s'ils démontrent qu'ils ont fourni *leurs meilleurs efforts* pour obtenir une autorisation (1), pour garantir l'indisponibilité des objets protégés pour lesquels les titulaires de droits ont fourni les informations pertinentes et nécessaires

³⁶ Recours introduit le 24 mai 2019 contre le Parlement européen et le Conseil de l'Union européenne, aff. C-401/19.

³⁷ La « clarification » était sans doute nécessaire. Il nous semble important qu'elle soit nommée ainsi expressément (cons. 64) car cela permet de conforter une analyse déjà faite de la réalité de cet acte et dessinée par la Cour de justice : en ce sens not. CJUE, 14 juin 2017, C-610/15, *Ziggo* : *RTDCom.* 2017. 900, obs. F. Pollaud-Dulian ; *Europe* 2017. 321, obs. D. Simon ; v. aussi : S. Carre, G. Vercken, « Google et la fortune du droit d'auteur », *Mél. A. Lucas*, LexisNexis, p. 119 et s.

³⁸ Le champ d'application de l'article 17 est limité. Toutes les plateformes en ligne dont on aurait *a priori* pu considérer qu'elles ne devraient pas relever du régime de responsabilité des hébergeurs ne sont pas concernées.

³⁹ Et dans la limite de celle-ci, v. cons. 69.

(2), et qu'ils ont agi promptement pour bloquer l'accès à ces objets ou pour les retirer dès réception d'une notification suffisamment motivée des titulaires de droits (3) et, dans ce cas, qu'ils ont fourni également leurs meilleurs efforts pour empêcher leur futur « téléversement » (4).

Le dispositif revient donc sur le mécanisme du « *notice and take down* », toujours valable s'agissant des hébergeurs, pour adopter le système du « *notice and stay down* » déjà existant dans certaines lois étrangères pour ces derniers.

13.- Régimes dérogatoires. Mais deux régimes dérogatoires sont prévus pour les « jeunes plateformes ». Les *nouveaux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne*, qui ont mis à disposition du public leurs services depuis moins de trois ans⁴⁰ et qui ont un chiffre d'affaires annuel inférieur à 10 millions d'euros, bénéficient d'un régime plus favorable calqué sur celui des hébergeurs (art. 14 de la directive 2000/31) : seules les conditions 1 et 3 s'appliquent lorsque le nombre de visiteurs uniques par mois ne dépasse pas les 5 millions et, dans le cas il les dépasse, s'ajoute la condition de fournir leurs meilleurs efforts pour empêcher la réapparition d'un contenu dénoncé (condition 4).

Il y a fort à parier que les plateformes ne manqueront pas d'invoquer la subordination de leur obligation de garantie d'indisponibilité, comme celle tenant à empêcher la réapparition d'un « contenu litigieux », à la fourniture des informations « pertinentes et nécessaires » par les titulaires de droits (art. 17.4 et cons. 66). Et si la directive organise l'obligation de coopération de ces derniers avec les plateformes, les anfractuosités du dispositif seront, à n'en pas douté, investies.

S'il est essentiel de voir réaffirmer les droits des créateurs, ce qui devrait conduire toutes les plateformes qui ne le faisaient pas déjà, à conclure des contrats de licence avec les organismes de gestion collective, la logique impliquée par l'affirmation d'un principe de responsabilité atténuée tient davantage d'un système *d'opt out* où les titulaires de droit sont contraints de notifier leurs droits pour les rendre opposables. Et la dérogation bénéficiant aux jeunes plateformes ajoute à la ligne selon laquelle le respect du droit d'auteur *ne doit pas entraver* le développement du marché. Finalement, si la directive va dans le sens d'un meilleur respect des droits d'auteur, il faut bien constater que « le texte fait preuve d'une ambition extraordinairement limitée »⁴¹.

⁴⁰ Et, pour éviter les abus, v. cons. 67.

⁴¹ M. Vivant, « Une responsabilité *ad hoc* pour les sites de partage », *CCE* 2019, 10, Dossier, 8, n°20.

II.- Le déclin certain de l'exclusivité ou le développement du « marché des contenus »

14.- Le droit d'auteur, droit d'autoriser. Le droit d'auteur est appréhendé dans la directive comme *un droit d'octroyer des licences* et d'obtenir une rémunération appropriée. L'idée que les utilisations de masse se multiplient et que les nouvelles formes d'exploitation en ligne des œuvres et autres objets protégés s'articulent difficilement avec la nécessité de rechercher des autorisations préalables de droits individuels est récurrente. Il s'agit essentiellement de faciliter l'octroi de licences, de favoriser l'exploitation et donc l'accès aux œuvres et autres objets protégés. Pour ce faire le législateur, sans s'enfermer dans les catégories traditionnelles opposant exception ou limitation et droit exclusif ou encore gestion collective obligatoire et gestion volontaire, met en œuvre des mécanismes allant des exceptions (A) à la licence collective à effet étendu (B).

A.- Les exceptions : nouveautés et extensions

15.- Des exceptions impératives. Au sein d'un Titre II « visant à adapter les exceptions et limitations à l'environnement numérique et transfrontière », les articles 3 à 7 instaurent trois exceptions obligatoires. Ce caractère obligatoire montre une volonté politique forte de remédier à une insécurité juridique due à une harmonisation insuffisante⁴². Les exceptions s'imposent aux États membres,⁴³ mais également aux acteurs du secteur⁴⁴. De plus, en cohérence avec cette *interdiction d'interdire*, la protection des mesures techniques de l'article 6.4 de la directive 2001/29 ne saurait empêcher les bénéficiaires de jouir des nouvelles exceptions⁴⁵ et, de manière plus générale, les exceptions préexistantes de 2001 ne peuvent limiter le champ d'application des exceptions de la nouvelle directive⁴⁶.

16.- Fouille de texte et de données. Le constat est dressé par le législateur européen d'une insécurité juridique quant à la pratique de la fouille de texte et de données, préjudiciable aux « nouvelles technologies » (*sic*), ainsi que d'une difficulté d'obtenir des autorisations

⁴² V. F. Pollaud-Dulian, « Les droits exclusifs consacrés par la directive », *Prop. Int.* Janv. 2002, 2, p.7 : « L'harmonisation (...) a tous les dehors d'un trompe-l'œil en ce qui concerne les exceptions ».

⁴³ « Les États membres prévoient... » : art. 3 à 6.

⁴⁴ Art. 7.1.

⁴⁵ Cons. 7.

⁴⁶ Cons. 5.

individuelles dans cette hypothèse⁴⁷. Le législateur français s'en était déjà inquiété et avait, lors de la loi « République numérique » de 2016, institué une exception *ad hoc* aux articles L. 122-5, 10° et L. 342-3, 5° du CPI alors non conforme au droit de l'Union.

La fouille de texte et de données est ici définie comme « toute technique d'analyse automatisée visant à analyser des textes et des données sous une forme numérique afin d'en dégager des informations, ce qui comprend, à titre non exhaustif, des constantes, des tendances et des corrélations » (art. 2). Deux articles sont consacrés à l'instauration, dans pareille hypothèse, d'une exception au principe de consentement préalable des titulaires de droit. L'article 3 instaure une exception d'ordre public à des fins de recherche scientifique, entendue largement comme recouvrant « à la fois les sciences naturelles et les sciences humaines »⁴⁸, ce qui est plus large que le texte français actuel, qui se réfère aux données en relation avec des écrits scientifiques⁴⁹, portant sur des actes de reproduction au sens du droit d'auteur et d'extraction au sens du droit *sui generis* sur les bases de données. Les bénéficiaires de cette exception sont les organismes de recherche et les institutions du patrimoine culturel qui procèdent à de la fouille de texte ou de données à des fins de recherche scientifique et à condition d'accéder aux objets protégés de manière licite. Là encore, la loi française, plus restrictive, devra s'adapter⁵⁰. Si cette dernière condition autorise peut-être une forme de rémunération par une contractualisation préalable, l'exception n'est pas compensée financièrement, le législateur estimant que le préjudice financier est « minime »⁵¹. Le législateur s'est par ailleurs intéressé au niveau de sécurité, « approprié », des données stockées et hébergées (art. 2.2 et 2.3), tout en appelant de ses vœux l'adoption de « bonnes pratiques » (art. 2.4) en la matière. La place laissée aux accords négociés par les parties intéressées dans les divers États membres n'est peut-être pas la meilleure garantie d'harmonisation uniforme et de sécurité juridique, pourtant visées par le législateur.

Le second volet concernant la fouille de texte et de données (article 4) ne figurait pas dans la proposition initiale de 2016. Il prévoit une dérogation au champ d'application plus large, sans que, comme pour l'article 3, une finalité particulière ou des bénéficiaires déterminés ne soient exigés. L'exception est donc générale, mais supplétive de volonté : les titulaires

⁴⁷ Cons. 8.

⁴⁸ Cons. 12.

⁴⁹ Précisément, les « données incluses ou associées aux écrits scientifiques pour les besoins de la recherche publique, à l'exclusion de toute finalité commerciale » (art. L.122-5, 10° du CPI).

⁵⁰ C. Alleaume, « Les exceptions en faveur de l'enseignement et de la recherche scientifique », *CCE* 2019, 10, Dossier, 3.

⁵¹ Cons. 17.

de droit peuvent réserver « l'utilisation » des œuvres « de manière appropriée » (art. 4.3), par une espèce d'« *opt out a priori* », en particulier grâce à des mesures techniques, des métadonnées ou encore par l'outil contractuel ou une déclaration unilatérale⁵².

17.- Exception d'enseignement. La deuxième exception obligatoire concerne les « activités d'enseignement numériques et transfrontières » (art. 5 de la DAMUN complétant ainsi l'art. 5.3, a) de la directive 2001/29). Le constat est double : la portée des exceptions existantes⁵³ est incertaine s'agissant de l'enseignement à distance et des « utilisations numériques »⁵⁴, ce qui crée de l'insécurité juridique, et elles ne prévoient pas d'effet transfrontière. La directive se propose de remédier à cette situation.

Il est difficile de ne pas marquer sa déception sur ce point, car aussitôt l'annonce faite de la création d'une exception obligatoire, sa portée en est réduite et la complexité du texte crée de nouvelles sources d'interrogations, donc d'insécurité. En effet, la portée du texte est circonscrite quant à son champ d'application : les œuvres pédagogiques et les partitions musicales pouvant être exclues (art. 5.2), l'« utilisation » visée ne concernant que des parties ou extraits d'œuvres (cons. 21), et ce dans le cadre d'une activité d'enseignement à but non commercial. Par ailleurs, l'harmonisation apparaît limitée lorsque les États membres disposent de marges de manœuvre pour la mise en œuvre du mécanisme : ainsi de l'appréciation de la proportion de l'extrait d'œuvre exploitable en vertu de l'exception, ou encore lorsque les États membres peuvent décider d'exclure certaines catégories d'œuvres. « Les États membres prévoient une exception » obligatoire (art. 5.1) mais « peuvent prévoir que l'exception ou la limitation adoptée en vertu du paragraphe 1 ne s'applique pas » (art. 5.2) à certaines œuvres ou certaines « utilisations » : un pas en avant, deux pas en arrière⁵⁵... L'exception est impérative... mais supplétive⁵⁶. L'harmonisation lacunaire est source d'incertitudes alors que l'objectif affiché du texte est d'améliorer la sécurité juridique. Ainsi, les quelques précisions du texte⁵⁷ semblent insuffisantes à la détermination d'un critère pour tracer la ligne de départ de l'activité commerciale de l'établissement revendiquant l'exception. Il en est de même à propos de la compensation équitable optionnelle de l'article 5.4, dont on sait seulement qu'elle doit être déterminée « entre

⁵² Cons. 18.

⁵³ Article 5, paragraphe 3, point a), de la directive 2001/29/CE pour le droit d'auteur et article 6, paragraphe 2, point b), et l'article 9, point b), de la directive 96/9/CE pour le droit *sui generis* sur les bases de données.

⁵⁴ Cons. 19.

⁵⁵ A. Lawrynowicz-Drewek, « L'adaptation des exceptions et limitations à l'environnement numérique et transfrontière », *Lexbase hebdo*, éd. affaires, 11 juil. 2019.

⁵⁶ C. Bernault, *Prop. Int.* n° 72, juill. 2019, chron. n°4, p.43.

⁵⁷ V. cons. 20 *in fine*.

autres » (*sic*) au regard des objectifs éducatifs et du préjudice causé aux titulaires de droits (cons. 24).

18.- Exception pour la conservation du patrimoine culturel. L'exception de l'article 6 a pour objectif de permettre aux institutions de patrimoine culturel de réaliser des reproductions des œuvres qui se trouvent dans leur collection « dans la mesure nécessaire à (la) conservation » des supports. Si le considérant 26 justifie l'exception par la nécessité de « coopération transfrontière » en la matière, une telle disposition est quelque peu incongrue au sein d'un texte qui se soucie du Marché unique des « contenus », bien éloigné des considérations de patrimoine culturel.

Au final, l'instauration des nouvelles exceptions confine souvent à l'oxymore, avec des dispositifs impératifs, mais supplétifs, ce qui ne va pas dans le sens de la clarté, donc de la sécurité juridique et relativise sérieusement leur fonction harmonisatrice. Si l'on peut le regretter, le choix de s'en remettre davantage au contrat, à la négociation et à la gestion collective peut aussi être vu dans le sens d'une évolution jugée nécessaire vers un modèle moins figé, moins protecteur sans doute aussi, plus flexible. Le changement de paradigme qui en résulte apparaît plus clairement encore avec la consécration d'un nouvel outil : la licence collective à effet étendu.

B.- L'introduction de la licence collective à effet étendu comme outil de flexibilité

19.- Raison d'être de la licence collective étendue. Aux fins de faciliter l'exploitation des œuvres et autres objets protégés par des droits voisins, l'octroi de licence est encouragé de manière générale avec cette directive⁵⁸. Dans cette perspective, le législateur de l'Union compte beaucoup sur les OGC dont il prévoit, encourage ou rend obligatoire en fait, ou en droit, l'intervention, soit dans le cadre de la négociation collective, soit dans le cadre d'une gestion collective des droits⁵⁹. D'ailleurs le considérant 46 vise expressément « l'importance grandissante à l'ère du numérique, de la possibilité de proposer des

⁵⁸ F. Macrez, « Les mesures en faveur de l'octroi de licences et de l'accès plus large aux contenus », *Lexbase hebdo, éd. affaires*, 11 juil. 2019 ; F. Sirriainen, « Les licences collectives à effet étendu : entre gestion collective consentie, facilitation des autorisations et sécurité juridique », *CCE* 2019, 10, Dossier, 5.

⁵⁹ Une intervention qui résulte des nombreuses obligations des États, ou même de la Commission, relatives aux dialogues, consultations ou bonnes pratiques que le législateur impose ou encourage aux fins de mieux asseoir ou dessiner la réglementation. Voir aussi, S. Carre, « Gestion collective et directive DANUM », *RFPI*, à paraître .

dispositifs d'octroi de licence flexibles » et, par-là, la possibilité pour les OGC de conclure des licences sur une base volontaire, sans que l'ensemble des titulaires de droits aient autorisé l'organisme concerné à y procéder.

Face au constat du caractère illusoire du recours aux autorisations préalables et individuelles, trop difficiles ou trop coûteuses, du fait notamment du nombre élevé d'œuvres utilisées, le législateur de l'Union fait de la licence collective à effet étendu une solution spéciale pour permettre l'utilisation des œuvres indisponibles dans le commerce par les institutions culturelles (articles 8 à 11) et l'érige au-delà en catégorie et solution générale, à disposition des États dans des domaines d'utilisations, pour l'heure locales, bien définis, lorsque le respect du droit exclusif et donc l'obtention d'autorisations individuelles et préalables apparaît peu probable (art. 12)⁶⁰.

Dans ces deux cas, il s'agit d'instituer et d'harmoniser au niveau de l'Union européenne un nouveau mécanisme à la disposition des États et des organismes de gestion collective, conçu comme une nouvelle modalité de gestion collective volontaire : sous réserve du respect de certaines conditions, la licence collective à effet étendu permet à un organisme de gestion collective de conclure un contrat de licence permettant des utilisations d'œuvres indépendamment du fait que tous les titulaires de droits couverts par la licence l'aient ou non mandaté à cette fin.

20.- Les conditions de l'effet étendu. Dans les deux hypothèses, la possibilité d'un effet étendu est subordonnée au respect de quatre conditions ou garanties, qui sont précisées pour ce qui concerne les œuvres indisponibles⁶¹. La première est une condition de représentativité suffisante de l'organisme de gestion collective en ce qui concerne le type d'œuvres et le type de droits objets de la licence⁶². C'est d'ailleurs seulement en l'absence d'un OGC suffisamment représentatif que la directive oblige les États à prévoir une exception ou limitation afin de permettre aux institutions du patrimoine culturel de mettre à disposition à des fins non commerciales, les œuvres indisponibles se trouvant à titre permanent dans leurs collections. La seconde condition consiste dans la garantie d'une « égalité de traitement » de tous les titulaires de droits concernés (art. 12.3, b et art. 8.1, b) : il s'agit de préserver au mieux les intérêts des titulaires de droits, dont les droits pourront

⁶⁰ Lorsque l'obtention d'autorisations individuelles notamment du fait du nombre élevé d'œuvres est si onéreuse ou si peu facile qu'elle en devient peu probable (cons.47).

⁶¹ Art. 12.3 pour l'octroi de licences collectives ayant un effet étendu comme catégorie générale et art. 8.1, 8.4 et 10 pour la licence collective à effet étendu, comme solution spéciale pour l'utilisation des œuvres indisponibles.

⁶² Art. 12.3 et 8.1, a). Cette représentativité s'appréciera notamment au regard des mandats de l'OGC et une certaine latitude est laissée aux États (cons. 33 et 48).

être exercés par l'OGC sans leur accord préalable... sous réserve qu'ils ne s'y opposent pas. Le recours au nouveau mécanisme d'octroi de licence est en effet subordonné à une troisième condition : la mise en place d'un système d'*opt-out*. Les titulaires de droits doivent pouvoir « à tout moment, facilement et de manière effective » (Art. 12.3, c) et 8.4), exclure leurs œuvres ou autres objets protégés du mécanisme d'octroi de licence que constitue la licence collective à effet étendu. La possibilité de s'exclure de la licence collective suppose bien entendu une information des titulaires de droit. Mais, à l'inverse de ce qu'avait pu exiger la Cour de justice dans l'affaire *Soulier et Doke*⁶³, des garanties d'information individualisée ne sont pas requises⁶⁴. S'agissant du mécanisme spécifique aux œuvres indisponibles, la directive se contente d'une publicité générale, confiant la gestion d'un portail d'information accessible en ligne à l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle, en laissant la possibilité pour les États de prévoir des mesures de publicité supplémentaires (art. 10). S'agissant du mécanisme plus général de l'art. 12, elle encadre la condition, en laissant une marge de manœuvre aux États, qui doivent prévoir des « mesures de publicité appropriées », prises dans un délai raisonnable précédant l'utilisation sous licence des œuvres et objets concernés (art. 12.3, d)⁶⁵.

21.- Les techniques d'extension de l'effet de la licence. Dans les deux hypothèses, plusieurs techniques d'extension de l'effet de la licence collective sont envisagées et laissées au libre choix des États, notamment pour tenir compte de la diversité des cultures et traditions juridiques. Sont en effet visés la licence collective étendue, le mandat légal et la présomption de représentation⁶⁶. Or le choix du mécanisme peut emporter des conséquences importantes, en termes de pouvoir de négociation ou de possibilité d'action en justice notamment, mais également sans doute aussi quant à la mise en œuvre du système d'*opt-out*.

Avec cette licence collective à effet étendu, les organismes de gestion collective se trouvent renforcés et les exploitants entendus dans leur besoin de facilitation et de sécurité juridique.

La solution proposée par le législateur de l'Union, prometteuse sans doute dans la

⁶³ CJUE 16 nov. 2016, aff. C-301/15, *Soulier et Doke c/ ministre de la Culture* : D. 2017. 84, note F. Macrez ; *Dalloz IP/IT* 2017. 108, obs. V.-L. Benabou.

⁶⁴ L'article 12.3, c) *in fine* décide que « les mesures de publicité sont effectives sans qu'il soit nécessaire d'informer chaque titulaire de droits individuellement » et la formule est reprise au cons. 41 *in fine* en ce qui concerne le mécanisme institué pour l'utilisation par les institutions culturelles des œuvres indisponibles.

⁶⁵ Sur la publicité des informations concernant les licences, v. égl art. 12.5 et cons. 50 et l'art. 12.6 qui prévoit un rapport complet avant le 10 avril 2021.

⁶⁶ Art. 12, 1,a) et b) et cons. 44 ; pour les œuvres indisponibles, seules sont explicitement visées la licence collective étendue et la présomption de représentation (cons. 33).

perspective du marché unique numérique, marque le recul de l'exclusivité des créateurs. Certes, elle comporte aujourd'hui d'importantes limites. Le dispositif relatif aux œuvres indisponibles ne concerne que les utilisations par les institutions culturelles des œuvres et objets présents dans leurs collections, mais les utilisations autorisées pourront être transfrontières (art. 9). À l'inverse, pour l'heure, seules les utilisations locales, limitées au territoire de l'État qui choisira de recourir au mécanisme dans un domaine où l'obtention d'autorisations individuelles est habituellement si onéreuse et difficile qu'elle en est improbable, peuvent être autorisées par la licence collective à effet étendu. Néanmoins, la directive envisage une future proposition législative notamment en ce qui concerne l'effet transfrontière des mécanismes nationaux qui seront mis en place (art. 12.6).

La reconnaissance d'un tel mécanisme au titre de catégorie générale qui pourrait demain véritablement constituer une réponse à ce que l'on présente comme un problème d'acquisition des droits dans le marché unique numérique, implique un changement de paradigme qui tend à privilégier la fonction de garantie de rémunération des créateurs par rapport à celle d'exclusivité. Qu'on le désapprouve ou non, il convient d'en prendre acte. On regrettera qu'il n'ait pas donné lieu à un débat démocratique, l'article 12 ne figurant pas dans la proposition initiale de la Commission et les attentions étant portées ailleurs.

III.- La construction du droit des contrats d'auteur ou l'amélioration de la rémunération des créateurs

22.- Une première ! Le législateur de l'Union entreprend avec la directive DAMUN une première harmonisation du droit des contrats en propriété littéraire et artistique. L'objectif est de renforcer la protection des créateurs⁶⁷ en compensant le déséquilibre en leur défaveur dans leurs relations contractuelles avec les exploitants⁶⁸. Il s'agit essentiellement de garantir une *juste rémunération* des auteurs et artistes pour l'exploitation de leurs créations protégées. Les mécanismes privilégiés pour renforcer leur protection peuvent apparaître classiques et déjà appliqués en droit français, mais ils vont parfois plus loin et les innovations sont réelles. Les dispositions concernées sont relatives tant à la rémunération en tant que telle (A) qu'aux obligations liées à celle-ci (B).

⁶⁷ Auteurs et artistes, personnes physiques, à l'exception des auteurs de programmes d'ordinateur comme le précise expressément l'art. 23.

⁶⁸ V. spéc. cons. 72.

A.- Les garanties relatives à une rémunération appropriée et juste

23.- Principe de rémunération « appropriée et proportionnelle ». L'outil essentiel pour rééquilibrer les rapports contractuels est l'affirmation du principe de « rémunération appropriée et proportionnelle » (art. 18). Les imprécisions terminologiques du texte de la directive ont été évoquées : l'une des plus importantes est sans doute celle liée au choix de l'adjectif « proportionnel » dans la version française⁶⁹. Il peut porter à confusion : le principe est celui d'un droit pour les créateurs⁷⁰ de percevoir une rémunération *proportionnelle à la valeur économique des droits exploités*⁷¹. La règle d'ordre public du droit français d'une *rémunération proportionnelle* de l'auteur n'est pas érigée en principe du droit de l'Union. Il s'agit de garantir une rémunération *proportionnée* (ou proportionnelle à s'en tenir au choix du terme retenu) à la valeur réelle ou potentielle des droits octroyés sous licence ou transférés et non d'une rémunération proportionnelle aux recettes d'exploitation ou au prix de vente. La précision sibylline selon laquelle « un montant forfaitaire peut également constituer une rémunération proportionnelle, mais cela ne devrait pas être la règle » (cons. 73) paraît conforter cette lecture.

Le choix du législateur de l'Union, dont rendrait mieux compte l'utilisation du terme « proportionné », ne nous paraît pas forcément moins favorable pour autant. En effet le forfait n'est pas moins protecteur *par nature* et ce qui compte réellement est la proportionnalité de la rémunération à la valeur des droits exploités. Il est possible de regretter la liberté des États de recourir à différents mécanismes aux fins de la mise en œuvre du principe et certains s'inquiéteront du fait que les États, dans cette perspective, « tiennent compte du principe de liberté contractuelle et d'un juste équilibre des droits et intérêts » (art. 19.2). D'autant que le principe n'est pas érigé, à l'inverse des autres dispositions, relatives à l'adaptation de la rémunération et aux obligations de transparence et d'exploitation, au rang de règle impérative par l'article 23 de la directive. La liberté des États de maintenir des logiques différentes et de recourir au forfait, en tenant compte des spécificités de chaque secteur, permettra néanmoins sans doute de préserver des systèmes existants, notamment en Allemagne ou aux Pays-Bas. En tout état de cause, la Cour de justice qui devra peut-être interpréter le texte et veiller à son respect, considère que, dans l'hypothèse de disparité des versions linguistiques, celui-ci doit être interprété en fonction

⁶⁹ Pour une critique de la traduction française du terme anglais « *proportionate* », v. not. A. Lucas, obs. *Prop. Intell.* 2019, n° 72, p. 46.

⁷⁰ Il est remarquable que le principe concerne autant les auteurs que les artistes interprètes.

⁷¹ La version anglaise et la précision du principe au considérant 73 sont en ce sens.

de l'économie générale et de la finalité de la réglementation en cause, qui est ici clairement de protéger les créateurs, considérés comme la partie « faible » au contrat⁷².

24.- Adaptation des contrats. La question de la détermination de la valeur des droits exploités, délicate, n'est pas précisément envisagée, mais l'obligation de transparence permettra de garantir le droit de demander une rémunération additionnelle et d'assurer l'effectivité du mécanisme d'adaptation des contrats consacré à l'article 20. Ce mécanisme consiste essentiellement en un droit des auteurs et artistes interprètes de se voir accorder une rémunération supplémentaire *appropriée et juste* lorsque celle initialement convenue se révèle *exagérément faible* par rapport à l'ensemble des revenus tirés de l'exploitation des œuvres ou des interprétations. Cette disposition témoigne des inspirations plurielles du législateur et des compromis qu'il réalise pour préserver les différents intérêts en présence. Si certains ont vu dans le principe d'une rémunération « appropriée et proportionnelle » la consécration d'une règle inspirée par le droit français, l'influence pourrait ici être germanique. Alors que le droit d'auteur français ne connaît de mécanisme de révision pour imprévision ou lésion que dans l'hypothèse du forfait, d'autres législations, comme le droit allemand, considèrent qu'une rémunération proportionnelle peut être inéquitable et doit donc être révisable. Or la demande de révision du prix dans le cadre du mécanisme de la directive a vocation à s'appliquer *quelle que soit la nature de la rémunération* (proportionnelle ou forfait). Certes, le droit français s'était enrichi d'une obligation de réexamen des conditions économiques de la cession des droits pour le contrat d'édition numérique, enserré dans des délais très précisément déterminés⁷³. Mais, à la demande tant l'auteur que de l'éditeur, la renégociation imposée des conditions du contrat pouvait conduire autant à une hausse qu'à une baisse de la rémunération initialement prévue. Le mécanisme d'adaptation des contrats instauré par la directive bénéficie aux seuls auteurs et artistes, pour rééquilibrer le contrat en leur faveur et garantir leur perception d'une rémunération juste et équitable. D'ailleurs l'innovation est d'autant plus importante, à l'aune du droit français, que les créateurs peuvent exercer le droit de demander une rémunération supplémentaire appropriée et juste à l'égard du cocontractant, mais également

⁷² CJUE, 9 juin 2011, aff. C-52/10, pts 23-24 ; CJUE, 15 oct. 2015, aff. C-168/14, pts 41-43.

⁷³ Cette clause de réexamen est issue d'un accord collectif en France et l'on remarquera que la directive précise elle-même à l'art. 20 que c'est « en l'absence d'accord collectif applicable prévoyant un mécanisme comparable » que les États doivent veiller à ce que les auteurs et artistes aient le droit de réclamer une rémunération supplémentaire.

de ses ayants droit, autrement dit des sous-contractants et doivent pouvoir être assistés dans leurs demandes⁷⁴.

25.- Limites à l'adaptation des contrats. La limite principale du mécanisme résulte de la condition d'une rémunération initialement prévue *exagérément* faible par rapport à l'ensemble des revenus ultérieurement tirés de l'exploitation » des œuvres ou autres objets protégés⁷⁵. L'appréciation de ce caractère sera délicate d'autant que son évaluation, selon le considérant 78, doit tenir compte des « circonstances particulières de chaque cas », notamment de la contribution de l'auteur ou de l'artiste, des spécificités et pratiques dans les « différents secteurs de contenus » et de l'existence d'un accord collectif. Ensuite, le mécanisme prévu ne s'applique pas aux contrats conclus avec les organismes de gestion collective et entités de gestion indépendantes soumis aux règles nationales transposant la directive « gestion collective » 2014/26, qui leur impose des obligations propres⁷⁶. Cette exclusion vise sans aucun doute à préserver le bon fonctionnement des OGC et vaut également pour l'obligation de transparence instituée par la directive pour rendre effectif ce mécanisme d'adaptation des contrats (art. 19.6).

B.- Les obligations relatives à la rémunération appropriée et juste

26.- Obligation de transparence. L'efficacité et l'effectivité d'une rémunération proportionnelle supposent une transparence garantissant une information des auteurs et artistes relativement à l'exploitation de leurs œuvres ou interprétation, qui leur permet de vérifier « les modes d'exploitation, l'ensemble des revenus générés et la rémunération due » (art. 19.1). Dans cette perspective, différentes obligations de reddition de compte en cas de cession des droits d'auteur sont consacrées en droit français⁷⁷. Si cette information ne permet pas aux créateurs, au jour de la conclusion du contrat, d'apprécier cette valeur économique de leurs droits et donc ne garantit pas qu'une rémunération appropriée et proportionnée à cette valeur sera perçue par eux, elle leur permettra dans le cas d'une rémunération proportionnelle d'en vérifier son application et, quelle que soit la nature de la

⁷⁴ V. cons. 78. On notera également que pour les litiges relatifs à l'obligation de transparence et à ce mécanisme d'adaptation des contrats, les États doivent prévoir la possibilité de les soumettre à une procédure extra-judiciaire de règlement (art. 21).

⁷⁵ Certes au regard de « l'ensemble des revenus ultérieurement tirés de l'exploitation » des œuvres ou autres objets protégés. On notera la précision du cons. 78 selon laquelle les « revenus pertinents », sur l'identification desquels on peut s'interroger, comprennent « le cas échéant, ceux tirés des produits dérivés ».

⁷⁶ V. art. 20.2.

⁷⁷ Différente selon qu'elle est à la charge de l'éditeur (art. L. 132-13 et 14 du CPI et pour l'édition numérique, L. 132-17-3 du CPI) ou à la charge du producteur audiovisuel (art. L. 132-28 du CPI).

rémunération, d'obtenir les informations utiles pour mettre en œuvre le mécanisme d'adaptation de l'article 20. En effet, des « informations actualisées, pertinentes et complètes sur l'exploitation de leurs œuvres ou exécutions réalisées par leur cocontractant ou leurs ayants droit » doivent être régulièrement, au minimum une fois par an, délivrées aux auteurs et artistes (art. 19.1).

La directive étend cette obligation, que connaît déjà le droit français, à tous les contrats d'exploitation de droits d'auteur ou de droits voisins et va plus loin : elle permet, lorsque le premier partenaire du créateur ne détient pas toutes les informations utiles, de les demander aux bénéficiaires de sous-licences (art. 19.2).

On retrouve à l'égard de cette obligation les modulations et limitations manifestant les compromis réalisés. Ainsi doivent être prises en compte « les spécificités de chaque secteur » (art. 19.1) et l'obligation doit rester « proportionnée »⁷⁸. Par ailleurs, la directive prévoit sa possible limitation aux types et niveau d'information que l'on peut raisonnablement attendre « dans des cas dûment justifiés, lorsque la charge administrative en résultant se révèle disproportionnée par rapport aux revenus générés par l'exploitation » (art. 19.3) et aux termes d'une disposition transitoire, les contrats d'exploitation ne seront soumis à cette obligation de transparence qu'à partir du 7 juin 2022 (art. 27).

27.- Le droit de révocation ou la consécration d'une obligation d'exploiter. L'article 22 de la directive organise également un droit de révocation lorsque l'auteur ou l'artiste-interprète a octroyé une licence ou transféré ses droits à titre exclusif *en cas de non-exploitation* de l'œuvre ou de l'interprétation concernée (art. 22.1). La protection des créateurs se trouve ainsi renforcée au niveau de l'Union européenne. Si, en droit français, une obligation d'exploitation « permanente et suivie » est imposée à l'éditeur et une recherche d'exploitation suivie est requise du producteur audiovisuel⁷⁹, la directive consacre en quelque sorte une obligation générale d'exploiter lorsqu'une exclusivité est conférée pour l'exploitation de l'œuvre ou de l'interprétation d'un créateur.

L'obligation est toutefois limitée et modulée à plusieurs titres. Seule l'absence d'exploitation (art. 22.1)⁸⁰ permettra *a priori* aux titulaires de droit de révoquer en tout ou partie la licence ou le transfert de droits (art. 2.1) ou, si l'État le prévoit, de choisir de mettre

⁷⁸ On remarquera que le terme « *proportionate* » dans la version anglaise, traduit par « proportionnelle » à l'article 18 est ici traduit par « proportionnée ».

⁷⁹ Respectivement, art. L. 132-12, L. 132-17-2 (v. égl. L. 132-17-4) et art. L. 132-27 du CPI.

⁸⁰ La révocation pourrait donc ne pas pouvoir être exigée même en cas d'exploitation insuffisante ou défailante... Ce n'est pas la direction prise par le législateur français avec le projet de loi relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique, préc., art. 19.

fin à la seule exclusivité (art. 22.2 *in fine*) sauf à ce l'absence d'exploitation soit principalement due à des circonstances auxquelles les auteurs ou artistes peuvent raisonnablement remédier (art. 22.4). Les États pourront tenir compte de l'importance relative des contributions et des intérêts légitimes des autres créateurs concernés et des spécificités des différents secteurs et des différents types d'œuvres ou objets protégés. Il est par ailleurs possible d'exclure l'application du mécanisme pour les œuvres ou autres objets protégés à pluralités d'auteurs ou d'artistes interprètes. Mais la limite la plus importante de cet outil de rééquilibrage du contrat consiste dans la possibilité de clauses contraires, même si les États peuvent subordonner leur application à leur fondement sur un accord collectif (art. 22.5 et 23).

L'observation de ces articles conforte l'idée que le législateur de l'Union entend construire un droit contractuel de la propriété littéraire et artistique protecteur des intérêts des auteurs et des artistes tout en tenant compte des différents intérêts en présence et traditions.

28.- Conclusion. Le droit d'auteur est, dans la perspective européenne, indéniablement perçu et utilisé comme un mécanisme de marché. Il est un instrument de régulation de « contenus », dans lequel la culture et la création ne semblent trouver leur place que lorsqu'il faut traiter de « patrimoine culturel » historique. L'art du compromis qui a été ici à l'œuvre accouche d'un texte parfois difficile à décrypter et qui révèle des antilogies. Ainsi, la création de nouveaux droits ou nouvelles obligations en faveur des créateurs est aussitôt relativisée et leur efficacité reste à démontrer. Le modèle du droit exclusif d'autoriser ou d'interdire s'efface devant de multiples formes d'*opt out*. À la fonction d'exclusivité du droit d'auteur, qui subit des assauts importants, est privilégiée la fonction de garantie d'une rémunération juste. Il est étonnant que la rupture paradigmatique n'ait pas été davantage questionnée par les observateurs, sans doute accaparés par les « stars » de la directive que sont le droit voisin des éditeurs de presse et le statut des plateformes.

L'introduction ou l'extension d'exception ou limitation aux droits des créateurs s'articulent avec le développement de la gestion collective et de manière plus générale, une place importante est faite au contrat individuel ou collectif, particulièrement, lorsque le législateur renvoie, par pragmatisme et dans un souci d'efficacité, pour l'application des principes ou leur aménagement, aux négociations collectives pour une adaptation à chaque secteur. L'importance de la négociation collective témoigne de la modernité du rapport Racine⁸¹, dont la réflexion pourrait inspirer le législateur français dans son œuvre de transposition et

⁸¹ B. Racine, *L'auteur et l'acte de création*, Rapport remis au ministre de la Culture, 22 janvier 2020.

aurait pu être développée au niveau européen... La directive, dans la perspective d'une mondialisation dématérialisée de laquelle l'économie européenne a du mal à sortir son épingle du jeu, révèle la difficulté de l'Union européenne à appréhender le droit d'auteur comme instrument d'une politique culturelle et pas seulement comme outil de développement d'un « marché des contenus ». L'avenir nous dira si les choix et les compromis réalisés constituent de véritables solutions équilibrées permettant demain de protéger les créateurs et de répondre aux légitimes attentes des acteurs du marché unique.

L'essentiel à retenir

- La directive du Parlement européen et du Conseil du 17 avr. 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique a fait l'objet de longs débats et de nombreux compromis, qui expliquent la complexité du texte et les difficultés d'interprétation qu'il pourra poser.
- **Un nouveau droit voisin des éditeurs de presse est créé (art. 15)**, protégeant la « collection » d'œuvres journalistiques, dans l'objectif de mieux protéger leurs investissements, en particulier face aux agrégateurs de contenu sur Internet.
- **La responsabilité des fournisseurs de services de mise en ligne de contenus protégés** est accentuée (art. 17), les soustrayant au régime d'irresponsabilité de la directive 2000/31, avec néanmoins des possibilités d'exonérations.
- **De nouvelles exceptions, impératives, au droit d'auteur sont créées** : exception pour la fouille de textes et de données, exception d'enseignement en ligne, pour la conservation du patrimoine culturel (art. 3 à 7).
- **La licence collective à effet étendu (art. 12)** devient un nouveau mécanisme à la disposition des États et des sociétés de gestion collective, instaurant un dispositif d'*opt out* pour les titulaires de droit.
- **La première harmonisation européenne du droit des contrats en propriété littéraire et artistique est adoptée et structurée autour de principes essentiels (art. 18 à 23)** : principe de rémunération « appropriée et proportionnelle », possibilité de révision des contrats, obligation de transparence, droit de révocation en cas de non-exploitation.